II.

Geschichte der Bestimmungen des canonischen Rechtes über die bona fides bei der Ersitzung und Klagverjährung.

Von
Herrn Dr. **Karl Hildenbrand,**
Professor zu Würzburg.

Bereits vor mehreren Jahren glückte es mir, eine interessante Entdeckung über die Entstehung und den Zusammenhang der bekannten Bestimmungen des canonischen Rechtes über die bona fides bei der Ersitzung und Klagverjährung zu machen. Der Umstand, daß ich dieselbe bei der Erörterung einer ganz speciellen Frage und in einem akademischen Programme,[1]) auseinander setzte, ließ sie indeß bisher nicht so bekannt werden, als ich es im Interesse der Wissenschaft wünschen muß. Ich halte es daher für zweckmäßig, jenen Fund nunmehr in dieser vielgelesenen Zeitschrift zum Gegenstande einer besonderen Darstellung zu machen.

Bekanntlich verlangt das geltende canonische Recht bei jeder „praescriptio" die bona fides, und zwar nicht blos am Beginne, sondern in jedem Momente der Präscriptionsfrist, während das römische Recht dieselbe nur bei der Ersitzung, und zwar blos am Anfange derselben erfordert. Es ist diese Vorschrift des canonischen Rechtes enthalten in folgenden drei Stellen der Decretalen Gregor IX.:[2])

---

1) In meiner Habilitationsschrift: De bona fide rei propriae debitori ad temporis praescriptionem haud necessaria. Monachii 1843. pag. 38 ff.

2) In dem Nachfolgenden ist der Text der Richter'schen Ausgabe des corpus juris canonici gebraucht.

C. 3 X. de praescriptionibus (2. 26).

Gregorius.

Sanctorum Patrum sanctiones et humanae leges irrefragabiliter statuentes confirmaverunt et nos in praesenti concilio cum omnibus, qui sunt nobiscum, irrefragabiliter confirmamus ut omnes possessiones ad singulas provincias nostrorum fratrum pertinentes, a quibus per triginta annos possessae sunt quiete et *sincere* absque synodali proclamatione perpetuo teneantur, nullaque vox audiendi alicui adversario concedatur.

C. 5 X. eod.

Alexander. III.

Vigilanti studio cavendum est, quum summa dimensio divini judicii ab initio censuerit propria dimittere, aliena non appetere, *ne malae fidei possessores simus in praediis alienis et rebus maxime ecclesiasticis, quoniam nulla antiqua dierum possessio divino jure juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere, quum jure etiam bonae fidei possessor dici non possit.* Ephesinus enim legislator, Origenis patruus, solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis quam in rebus latentibus *placuit non habere vigorem.*

C. 20 X eod.

Innocentius III. in concilio generali.

Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio diffinimus, *ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis,* quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit *in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.*

Diese Quellenstücke verlangen also ganz entschieden die bona fides in einem weit größeren Umfange als das

römische Recht. Gegenüber der Entschiedenheit, mit welcher in denselben die mala fides als sündlich und unstatthaft erklärt wird, muß es aber auf den ersten Blick auffallen, daß das Rechtsbuch, welches den ersten Theil des corpus juris canonici bildet, das Decretum Gratiani, noch mit klaren Worten die rein römische Lehre über die bona fides, resp. die Zulässigkeit der mala fides enthält, ohne im mindesten eine Andeutung zu geben, daß hierin etwas kirchlich Anstößiges liege. Auch fand in der That Gratian in den Quellenstücken aus dem ältern canonischen Rechte, die er zusammenstellte, nicht die mindeste Veranlassung, von der Doctrin des römischen Rechtes abzuweichen, indem dieselben meist nur in Betreff der Verjährungszeit abweichende Bestimmungen enthalten, im Uebrigen aber das ganze Institut als aus dem Civilrechte bekannt voraussetzen.

Es frägt sich nun, warum fand sich gerade Innocenz III. auf der lateranensischen Synode — um von jenem nicht näher bestimmten Gregor der ersten Stelle und Alexander III. in der zweiten Stelle vorläufig zu schweigen — veranlaßt, diese Strenge in Betreff der mala fides eintreten zu lassen, nachdem so viele Jahrhunderte in diesem Punkte das römische Recht nicht nur unangefochten in den weltlichen Gerichten gegolten, sondern auch von den Canonen selbst aufgenommen worden war? Es ist um so interessanter, dieser Veranlassung nachzuforschen, als die Worte „synodali judicio diffinimus" in der obigen Stelle darauf hinzuweisen scheinen, daß es ein Widerstreit der Ansichten über diesen Punkt gewesen sey, der den Concilienschluß hervorgerufen habe.

Diese Frage soll hier zu beantworten versucht werden.

Es ist zu diesem Behufe vor Allem die oben erwähnte Stelle in dem Decretum Gratiani genauer ins Auge zu fassen. Sie besteht in folgender Deduction (dictum) Gratian's c. 16 C. 16 q. 3 (VIII. pars):

Praescriptionum aliae sunt introductae odio petentis et favore possidentis, aliae tantum odio petentis. Qui

enim bona fide et justo titulo rem praesentis per decennium, absentis vero per vicennium tenuerit, perpetua exceptione tutus erit, non solum adversus alios, sed etiam adversus creditores, quibus res ipsa obligata fuerat, etiam adversus verum dominum. Si vero aliquo casu a possessione ceciderit, etiam adversus verum dominum utiliter rem vendicare poterit. Si autem nullo titulo, bona tamen fide per tricennium rem alicujus possederit, simili gaudebit praesidio. *Bona vero fides non ad tractum medii temporis sed ad initium possessionis refertur. Sufficit enim in initio cuique bona fide possidere coepisse, etiamsi medio tempore scientiam rei alienae habuerit.* Haec praescriptiones introductae sunt favore possidentis et odio petentis, quia lex favet his, qui bona fide et justo titulo, vel bona fide tantum possident, odit autem et punit circa rem suam negligentes et desides. *Quod si mala fide rem alienam quis possidere coeperit post XXX annos adversus omnem petentem exceptione tutus erit.* Si vero aliquo casu a possessione ceciderit, actionem non habebit, quia haec praescriptio non favore malae fidei possessoris, sed odio tantum rem suam persequi negligentis introducta est. Si autem res ad creditorem suum vel ad dominum pervenerit, detentionis commodum habebit, si vero ad alium, creditor vel alius dominus adversus eum experiri poterit, nec sibi proderit exceptio medii temporis possessoris, quia non ab eo habuit causam possidendi. Quod si violenter possessio ad eos pervenerit, malae fidei possessor indistincte possessionis commodum recipiet. Haec de praescriptionibus decennii vel vicennii vel tricennii intelligenda sunt, si sine interruptione possessa probentur. Quodsi per naturalem detentionem possessio interrupta fuerit, a die recuperatae possessionis novi triginta anni in omnibus praescriptionibus numerabuntur. — — *Haec de praescriptionibus inter pri-*

vatos. Ceterum adversus loca religiosa non nisi quadraginta annorum praescriptio currit. Unde in Authenticis: Quas actiones etc. Et in Novellis: Neque dicennii etc. — *In canonibus* vero ecclesia adversus ecclesiam triginta annis, monasterium adversus ecclesiam non nisi quadraginta annis praescribere permittitur etc.

Gratian gibt in diesem dictum offenbar ganz die Doktrin der Legisten über die Ersitzung und Klagverjährung. Dieselben hatten diese Institute unter dem allgemeinen Begriffe praescriptio zusammengefaßt.[3]) Er behandelt nun dieselben als Arten dieses Gattungsbegriffes, übrigens ganz nach römischem Rechte. Namentlich erklärt er, wie letzteres die mala fides des Präscribenten ausdrücklich in zwei Fällen für unschädlich, nämlich:

1) Wenn sie erst bei der Fortsetzung des Besitzes eintritt.
2) Wenn aus dem dreißigjährigen Zeitablauf nur eine exceptio, nicht eine vindicatio abgeleitet werden will.

In Beziehung auf die präscribirenden Subjecte unterscheidet er die praescriptiones inter privatos von denjenigen, bei welchen religiöse Institute betheiligt sind. Von letzteren spricht er am Ende. Nur in Beziehung auf sie enthalten die Canonen etwas Eigenthümliches, nämlich hinsichtlich der Verjährungszeit zwischen kirchlichen Instituten.

Nicht zu übersehen ist dabei der Umstand, daß Gratian hier überall, auch bei der dreißigjährigen Präscription, den Fall voraussetzt, daß der Präscribent eine Sache besitze. Dieß ist ganz seiner Aufgabe gemäß, denn die questio III in deren Beantwortung er an dieser Stelle begriffen ist, war: An jura ecclesiarum praescriptione tollantur? Bei den verschiedenen kirchlichen Berechtigungen

3) Vergl. Placentinus. Summa Codicis Mogunt. 1536 l. 7 t. 36. p. 333. Azo. Summa Codicis 1540. fol. 135 und meine angeführte Abhandlung p. 11 ff.

fand aber bekanntlich ein Quasibesitz statt. Die Verjährung von solchen persönlichen Klagen, bei welchen der Schuldner sich nicht im Besitze einer fremden Sache befindet, berührt er demgemäß nicht.

Der Materie nach enthielt somit das angeführte dictum Gratiani nichts Neues. Dagegen war es der Form nach allerdings neu. Bisher nemlich hatte man in der Kirche das römische Recht in diesem Institute gewohnheitsmäßig nach den Quellen und der Doktrin der Legisten angewendet. Jetzt aber erschien zum ersten Male in einem canonischen Rechtsbuche eine klare und umständliche Darstellung der Erfordernisse der Präscriptionen, und namentlich wurde die rechtliche Möglichkeit, auch mit mala fides einen Vortheil zu erlangen, in diesem kirchlichen Rechtsbuche ausdrücklich anerkannt.

Es konnte nicht fehlen, daß hieran Manche Anstoß nahmen, besonders da jene Zeit nicht immer genau zwischen den Postulaten des Rechtes und der Moral unterschied. Es war der Gedanke nahe gelegt, daß es der sittlichen Würde und Reinheit des canonischen Rechtes nicht entspreche, sondern Aergerniß errege, wenn die mala fides, sonst von der Kirche als Sünde verdammt, in dem Institute der Präscriptio durch die kirchenrechtliche Doctrin offen und unverhohlen als eine Quelle rechtlicher Vortheile dargestellt werde.

Man konnte diese Ansicht namentlich durch eine Stelle aus Augustin's Buch de fide et operibus unterstützen, wo auf folgende Weise des mala fidei possessor Erwähnung gethan wird:

> Quid si, inquiunt, virgo nesciens viro nupserit alieno? Hoc si semper nesciat, nunquam ex hoc erit adultera: si autem sciat, jam ex hoc esse incipiet, ex quo cum alieno viro sciens cubaverit. *Sicut in jure praediorum tamdiu quisque bonae fidei possessor rectissime dicitur, quamdiu se possidere ignorat alienum*, cum vero

scierit, nec ab aliena possessione recesserit, tunc malae fidei perhibetur, tunc juste injustus vocatur.[4]).

Es leuchtet ein, daß hier Augustinus nur auf die Analogie in der Benennung und dem subjectiven Thatbestande hinweist, indem die virgo erst dann adultera genannt werden kann, wenn sie wissentlich bei dem vir alienus bleibt, wie der Besitzer erst dann malae fidei possessor heißt, wenn er wissentlich die res aliena behält. Von den civilrechtlichen Wirkungen der malae fidei possessio spricht Augustinus gar nicht, wie denn auch Gratian die ganze Stelle nicht bei der Ersitzung, sondern bei einer ganz andern Materie c. 5. C. 34. q. 1. gibt. Allein die odiose Zusammenstellung des malae fidei possessor mit der bewußten adultera und der Beisatz tunc juste injustus vocatur, konnte immerhin benützt werden, um aus dem sittlichen Standpunkte gegen die Zulässigkeit der mala fides zu polemisiren.

Erwägungen dieser Art scheinen es gewesen zu sein, welche einen Canonisten bestimmten, jenem ihm bedenklichen dictum Gratiani eine andere Autorität gegenüber zu stellen, welche die malae fidei possessio als kirchenrechtlich absolut unzulässig erklären sollte.

Er ergriff zu diesem Zwecke ein Mittel, welches wir zu ähnlichem Behufe im Mittelalter öfter gebraucht finden. Bekanntlich geschah es nämlich in jener Zeit nicht selten, daß man einer Ansicht dadurch Eingang und Geltung im öffentlichen Leben zu verschaffen suchte, daß man sie in die Form von älteren Gesetzen oder Canonen einkleidete, und diese erdichteten Quellenstücke dann vermischt mit ächten in Umlauf brachte. Bei der Kritiklosigkeit des Zeitalters konnten solche Imposturen, auch wenn sie noch

---

4) **Augustinus** de fide et operibus c. X. in opp. Venet. 1731 t. VI. pag. 170.

so plump abgefaßt waren, zu Ansehen und Einfluß gelangen.

Dieses Mittel nun wurde auch in unserm Falle angewendet, um Gratian und dem römischen Rechte gegenüber die Ansicht zu vertreten, daß malae fidei possessio vom Kirchenrechte in keinem Falle als eine Quelle von rechtlichen Vortheilen könne erachtet werden.

In der Canonensammlung nämlich, welche unter dem Namen Appendix concilii Lateranensis bekannt ist, finden sich in pars XXXVIII folgende zwei Kapitel:

C. V.

Item gloriosus Clemens in libro stromatum.

Vigilanti studio cavendum est (quod summa dimensio Divini judicii ab initio consueverit propria dimittere, aliena non appetere) ne malae fidei possessores simus in alienis praediis et rebus maximo ecclesiasticis, quoniam nulla antiqua dierum possessio jure juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam noverit se aliena possidere, cum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator, Origenis patruus, solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragenali possessioni vigorem legis imposuit nobis autem in rebus tam cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem.

C. VII.

Sine inscriptione.

Sanctorum patrum auctoritates et humanae leges irrefragabiliter constituentes confirmaverunt et nos in praesenti concilio cum omnibus qui adsunt nobiscum inviolabiliter confirmamus, ut omnes possessiones ad singulas provincias nostrorum fratrum pertinentes, a quibus per triginta annos possessae sunt quiete et sin-

cere [5]) absque synodali proclamatione perpetuo detineantur nullaque vox audiendi alicui adversario concedatur.

Diese beiden Stellen gingen in die spätern Decretalensammlungen und zuletzt in die Sammlung Gregors IX über, wo die erstere in dem Titel de praescriptionibus (2. 26) als cap. V unter der Inscription Alexander III, die letztere in demselben Titel als cap. III unter der Ueberschrift Gregorius aufgeführt wird, wie wir sie oben mit Einschaltung der partes decisae gegeben haben.

Allein Alexander III. kann nicht als Verfasser der ersteren Decretalen betrachtet werden. Zunächst finden wir in keiner andern Decretale dieses Papstes die geringste Spur einer solchen Neuerung. Wo er von den Präscriptionen spricht, beruft er sich auf das bisherige Recht. Sodann enthält das schwülstige Machwerk so viel Seltsames, Unzusammenhängendes und Dunkles, daß es für das Andenken des gelehrten und klaren Alexander III eine Kränkung wäre, es ihm zuzuschreiben.

Wie läßt es sich rechtfertigen, daß gerade die Neuerung, die das Gesetz bringt, durch die Causalpartikel quoniam eingeführt und somit als schon bestehend vorausgesetzt wird? Wie ungereimt ist es, zu sagen: nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malae fidei possessorum, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere. Was hilft dem Besitzer die „antiqua dierum possessio“, wenn er resipiscirt, d. h. die fremde Sache dem rechtmäßigen Besitzer zurückstellt? Wie dunkel und abgeschmackt ist endlich der durch das unpassende enim mit dem ersten Satze verbundene zweite Satz der Stelle! Scheint er nicht die 30 und 40 jährige Präscription geradezu abzu-

5) Der gedruckte Text der appendix hat zwar secure, aber gewiß unrichtig, da alle übrigen Sammlungen, welche diesen Canon geben, in der Leseart sincere übereinstimmen. Vergl. Richter Corpus jur. can. ad h. l. not. 21.

schaffen? Warum wird Theodosius II mit dem Prädikate Ephesinus legislator bezeichnet, zum patruus des Origines und zum Urheber der 40jährigen Verjährung gemacht?

Ebensowenig können wir für die zweite Stelle einen Gregor als Autor finden. Die scharfsinnigsten canonistischen Forscher haben bisher keine Spur dieses Canons in früherer Zeit auffinden können. [6])

Es läßt sich indeß positiv darthun, auf welche Weise in den spätern Sammlungen das erstere Stück zu der Inscription Alexander III, das letztere zu der Gregor's gekommen ist. Man darf zu diesem Zwecke nur die Reihe der Inscriptionen, wie sie in der Appendix auf einander folgen, näher ins Auge fassen. Die Capitelreihe ist nämlich folgende:

Cap. I. A l e x a n d e r III Salernitano archiepiscopo.

Cap. II. Idem Cistrensi decano.

Cap. III. Idem Remensi archiepiscopo.

Cap. IV. Idem abbati et monachis sancti Andreae.

Cap. V. I t e m g l o r i o s u s C l e m e n s i n l i b r o s t r o m a t u m.

Cap. VI. Item G r e g o r i o Syracusano episcopo.

Cap. VII. O h n e I n s c r i p t i o n.

Da man nun in cap. V anstatt item leicht das gewöhnliche idem lesen könnte und cap. VII der Inscription gänzlich entbehrte, so war es möglich, daß die spätern Sammler auf die beiden Canonen die nächst vorhergehende Ueberschrift bezogen, und so den ersteren dem Alexander III zuschrieben, und sogar den in cap. VI als Adressaten genannten Gregorius als Autor des cap. VII transponirten.

Da sonach die im corpus juris canonici stehenden Inscriptionen beider Stellen unrichtig sind, so frägt es sich, ob vielleicht die Inscription der Appendix zu cap. V: Item

6) M ö l l e n t h i e l über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung, Erlangen 1820. S. 134 Not. 330 schreibt dieses Quellenstück Gregor IX. zu, während doch die Appendix, in welcher es sich zuerst findet, geraume Zeit vor der Regierungszeit dieses Papstes abgefaßt wurde.

gloriosus Clemens in libro stromatum als richtig betrachtet werden könne. Auch dieß ist zu verneinen. In dem erwähnten Werke des Clemens Alexandrinus findet sich nichts Aehnliches, und da Clemens im 2. Jahrhunderte lebte, so konnte er natürlich der dreißigjährigen Verjährung nicht erwähnen, welche erst im 5. Jahrhunderte von Theodosius dem Jüngern eingeführt wurde.

Die Inscription ist also entschieden falsch. Für eben so unächt dürfen wir aber auch den Text der beiden fraglichen Quellenstücke halten.

Die ganze Sammlung, in welcher sie zuerst erschienen, die Appendix concilii Lateranensis, ist ein durch und durch verdächtiges Machwerk. Sie ist wahrscheinlich nach dem Jahre 1191 abgefaßt, und ihr Autor unbekannt. Das Verfahren des letztern bei Anlegung der Sammlung ist im höchsten Grade willkührlich zu nennen. Selbst die neueren Canonen gibt er nicht wörtlich genau, sondern mit mannigfachen willkührlichen Abänderungen. Die Quellenstücke vor Alexander III aber sind ohne alle Auswahl, fragmentarisch, ungenau und oft ohne Inscriptionen in die Sammlung eingestreut, und es finden sich unter ihnen mehrfach falsche Stücke.[7]

Zu den letztern gehören zweifelsohne auch die obigen beiden Stellen. Ihr Inhalt begreift sich vollkommen, wenn man, wie oben bemerkt wurde, annimmt, sie seyen zur Correctur Gratians erdichtet worden.

Gratian spricht nämlich, wie oben gezeigt wurde, in seinem dictum zuerst von den civilen Präscriptionen, sodann von den canonischen. In Betreff der ersteren erklärt er ausdrücklich in 2 Fällen die mala fides für zulässig. Dieser Erklärung gegenüber ist die dem Clemens zugeschriebene Stelle erdichtet. In dem ersten Theile derselben, der sich auf die Ersitzung bezieht, hat der Im-

7) Vergl. über die Sammlung A. Theiner Disquisitiones criticae in praecipuas canonum et decretalium collectiones. Rom. 1836 p. 4 sq.

postor augenscheinlich die oben angeführte Stelle des Augustinus gebraucht. Es ist oben bemerkt worden, daß es bei Augustinus gerade die Analogie der Benennung war, die er urgirte. An seine Worte: — sicut — quisque bonae fidei possessor rectissime *dicitur* — erinnern hier die Worte cum bonae fidei possessor *dici* non possit, die an sich in der Stelle ganz überflüssig sind. Die inepte Wendung nisi resipuerit ist offenbar eine ungeschickte Anwendung der Worte cum vero scierit nec ab aliena possessione recesserit etc. Der zweite Theil der Stelle bezieht sich auf die praescriptio longissimi temporis. Da Gratian die Zulässigkeit der mala fides bei derselben dadurch gerechtfertigt hatte, daß sie odio negligentis eingeführt sey, so erklärt der Impostor diese ratio, die Theodosius allerdings gehabt habe, vom kirchenrechtlichen Standpunkte aus für unstatthaft.

Zwei Punkte in dieser Stelle sind seit alter Zeit den Auslegern ein Räthsel gewesen, nämlich die Ueberschrift, welche die stromata des Clemens als Quelle angibt, und die Bezeichnung des Theodosius Iunior als Ephesinus legislator,[8] Origenis patruus.[9] Wäre die Stelle ächt, so würde dieß allerdings schwierig zu erklären seyn. Mit der Gesammtabsicht des Impostors dagegen harmoniren diese Bezeichnungen vollkommen. Denn da bekanntlich

8) Vergl. I. L. E. Püttmann Diss. de legislatore Ephesino. (In desselben probabilium juris civilis libro singulari) pag. 164. Die verschiedenen Lesearten bei Richter corp. jur. can. not. 38. zu c. 5 X. de praesc. (2. 26). Vergl. auch Inn. Cironius observ. jur. can. I, 15. und Haenel Cod. Theodosianus ad c. 1 de act. certo temp. fin. (4. 14) col. 409, not. v.

9) Man schlug unter anderm vor statt der obigen Worte zu lesen: Theodosius legislator orientis partibus. Vergl. Janus a Costa comment. ad h. c. Allein zu dieser höchst gewaltsamen Emendation dürfte man nach den Regeln der Conjecturalkritik nur dann greifen, wenn kein anderer Ausweg wäre. Nach unserer Ansicht erklärt sich die Stelle weit einfacher.

die Kenntniß der griechischen Sprache in jener Zeit selten war, so konnte der Impostor sich vor Entdeckung der Täuschung am besten sichern, wenn er einen griechischen Autor als Quelle angab, und da die stromata, wie das Wort schon sagt, Mannigfaches enthielten, so war es nicht undenkbar, daß sie auch über die malae fidei possessio handelten.

Was aber am leichtesten die Täuschung verrathen konnte, nemlich daß Clemens lange vor der Zeit Theodosius des Jüngern, auf welchen er sich in der Stelle bezieht, lebte, scheint der Impostor durch die übrigen oben erwähnten räthselhaften Ausdrücke verschleiert zu haben. Er vermeidet es nämlich deßwegen, den Theodosius geradezu bei seinem Namen zu nennen und gibt ihm dafür die Bezeichnung Ephesinus legislator, ein Prädikat, welches ihm wegen der Berufung des Concils zu Ephesus und seiner Vorliebe für die Ephesinische Kirche wohl gegeben werden konnte, aber, da es nicht gebräuchlich war, auch mögliche andere Deutungen zuließ. Ja um den Anachronismus noch mehr zu verdecken, nennt er den Ephesinus legislator einen patruus des Origenes. Es ist nämlich bekannt, daß Origenes ein Schüler des Clemens, des angeblichen Verfassers dieser Stelle, war. Wurde demnach der Ephesinus legislator der Oheim eines Schülers des Clemens genannt, so war klar, daß er kurz vor Clemens oder gleichzeitig mit ihm gelebt habe.

Im letzten Theile spricht das dictum Gratians von der canonischen Präscription der Kirchen und Klöster gegen einander, ohne hier der bona oder mala fides aufs Neue Erwähnung zu thun. Hier brauchte es also der Impostor nicht zu corrigiren, sondern nur zu ergänzen. Hierauf bezieht sich das obige Quellenstück, welchem in der Appendix die Inscription fehlt. Es ist wohl dem c. 17 des Conciliums von Chalcedon (c. 1. C. 16 q. 3) nachgebildet. Nur während dort ein dreißigjähriger Besitz sine vi (ἀβιάστως) vorausgesetzt wird, wird hier er-

forbert, daß 30 Jahre lang quiete et sincere besessen worden sey.

Durch diese Impostur, welche, wie bemerkt, in die späteren Sammlungen überging, war somit dem älteren Kirchenrechte und besonders dem Decrete Gratians eine Auctorität im gegentheiligen Sinne gegenüber gestellt, besonders da auch die angeführte ächte Stelle des Augustinus im Zusammenhalte mit den falschen Stücken eine größere Bedeutung für die Verjährung erhielt. Bei der versteckten Weise, in welcher der Impostor seine Produkte dem Rechtsleben unterschoben hatte, war es indeß natürlich, daß man nur allmählich auf dieselben aufmerksam wurde, und daß die Praxis zunächst von ihnen keine Notiz nahm. Die feststehende Uebung konnte diesen anscheinend alten Quellenstücken gegenüber als ein neueres derogirendes Gewohnheitsrecht betrachtet werden. Daher sagt Sicardus von Cremona in seiner Epitome Gratiani [10]) von den praescriptiones longissimi temporis:

His necesaria est temporis continuatio et bona fides *secundum canones* et aequitatem non autem secundum leges et *consuetudinem.*

Es bestand somit zur Zeit des vierten Lateranensischen Concils in Beziehung auf das Erforderniß der bonae fidei possessio bei den Präscriptionen ein Widerspruch zwischen der Praxis und der Gratianeischen Doctrin einerseits und jenen beiden als ächt hingenommenen Quellenstücken andererseits. Hierin lag für das Concil eine genügende Veranlassung, sich über diesen Punkt auszusprechen, und so entstand jener berühmte Canon, welcher oben als cap. ult. X. de praescript. angeführt wurde, unter den Schlüssen der Synode aber der ein und vierzigste ist. Jedes Wort dieses Beschlusses erhält durch das bisher Ausgeführte seine Erläuterung.

---

10) In einem Cod. MS. der k. Bibliothek zu München (Cod. Lat. Ben. 55, 153.) fol. 47.

Zunächst weisen die Worte:

„Synodali judicio definimus“

deutlich darauf hin, daß die Synode hier eine Entscheidung über einen Punkt geben wolle, in welchem bisher ein Widerspruch der Quellen obwaltete. Die weitern Worte:

„ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis“

erklären sich daraus, daß Gratian zuerst die durch das Civilrecht, dann die durch das canonische begründeten Präscriptionen darstellte und jedes der beiden fingirten Quellenstücke eine dieser beiden Arten zum Hauptgegenstand hatte.

Die folgenden Worte:

„quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum“

beziehen sich auf die beiden Stützpunkte der Gratianeischen Ansicht, das Civilrecht und die Praxis. [11]

Der Beisatz:

„quae absque mortali peccato non potest observari“

erinnert an Augustins Ausspruch, durch welchen zwischen dem bewußten adulterium und der malae fidei possessio eine Analogie statuirt worden war. [12]

Das Folgende:

„Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae“

entspricht den Worten des Gratianeischen dictum:

„Sufficit in initio cuique bona fide possidere coepisse etiamsi medio tempore scientiam rei alienae habuerit.“

Das obige allgemeine Princip, daß keine Präscription ohne bona fides statt finde, hätte eigentlich ohnehin die mala fides superveniens ausgeschlossen. Da indeß Gra-

---

11) Vergl. die obige Stelle von Sicardus.

12) Vergl. auch das unten abgedruckte c. 13 X de rest. spol. (2. 13), wo derselbe Ausdruck gebraucht ist.

tian letztere ausdrücklich als zulässig erklärte, so zog die Synode diese Folgerung ebenfalls ausdrücklich und refutirte ihn fast wörtlich.

Endlich wurde die Entscheidung durch eine Schriftstelle begründet (Röm. XIV, 23):

„Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est“ und dieselbe, wie häufig anderwärts, an die Spitze des Canons gestellt. Auch hieraus kann man wieder schließen, daß Innocenz bei diesem Synodalschlusse die vom Impostor gebrauchte Augustinische Stelle im Auge gehabt habe. Denn in einer andern Decretale, wo er von einem wissentlich in incestuoser Ehe lebendem Weibe spricht, [13]) urtheilt er mit denselben Worten nach Augustin's Vorgang:

> Porro cum mulier, quae consanguinitatis habet notitiam praesertim in gradibus, quos lex divina prohibuit, non possit hujusmodi viro *sine mortali peccato* carnaliter commisceri: *quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est*, et quidquid fit contra conscientiam aedificat ad gehennam - - frustra in tali casu adjudicaretur restitutio spoliato etc.

Dieß ist kurz die Entstehungsgeschichte der Bestimmungen des canonischen Rechtes über die bona fides bei der Ersitzung und Klagverjährung.

An sie knüpft sich die Geschichte einer bis auf unsere Tage fortgesponnenen Controverse über den wahren Sinn derselben.

Zunächst kam in Frage, ob diese Bestimmungen dem Civilrechte bei seiner Anwendung in den weltlichen Gerichten derogirten, oder sich zunächst auf die geistlichen Gerichte bezögen, und nur einen indirecten Einfluß auf das weltliche Recht dadurch übten, daß vom Gesichtspunkte der Sünde aus durch die denunciatio evangelica jede Sache vor das kirchliche forum gezogen werden könnte. Die glossa ordinaria zu c. ult. X. de praescr. gibt diese Zweifel in folgender Weise:

13) C. 13 X de rest. spol. (2. 13).

Ex eo, quod dicit tam canonica quam civilis videtur, quod papa voluit praejudicare praescriptioni laicorum, quae praescriptio locum habet, ubi etiam habent malam fidem in praescriptione XXX vel XL annorum. — Dicebat Joa. quod ratione statuit hoc papa de praescriptionibus laicorum, quia omnis causa ratione peccati saltem indirecte pertinet ad ecclesiam — et secundum hoc omnia civilia jura, quae tractant de praescriptione XXX vel XL annorum in malae fidei possessoribus tenent hodie. Sed hoc non credo quod per istam constitutionem papa voluerit praejudicare legibus. Sed quoad jus divinum verum est illud, quod sine peccato mortali laicus malae fidei praescribens talem rem retinere non potest. Et litera ista sic intelligitur: tam canonica, id est, tam de re spirituali quam civili. Et hoc vult dicere: ille qui praescribit bonam fidem habere debet, sive res quam praescribit spiritualis sit vel civilis secundum jura canonica, et sic nihil statuit contra leges. Vel dicas secundum quod dicit Joa. quod lex aliud consideravit quam canon; lex enim consideravit negligentiam non petentis rem suam, sed canon consideravit peccatum praescribentis mala fide, quod non excusat negligentiam non petentis rem suam, et ideo dicit hic quod nulla valet praescriptio sive canonica vel civilis, quia sine peccato mortali conservari non potest, unde potius standum est canoni quam legi in hoc casu, quia praescribens non excusatur a peccato per rationem legis et ideo canon voluit propter periculum animarum in hoc leges corrigere, *licet non servetur in judicio saeculari.*

Aus den letzteren Worten ersehen wir, daß die neuen canonischen Bestimmungen in den weltlichen Gerichten vorerst noch keinen Eingang fanden. Selbst Innocenz IV. bemerkt in dem Commentar, welchen er verfaßte, ehe er den päpstlichen Stuhl bestieg, zu c. 5 X de praescr.

Sed quid ad papam de praescriptione inter laicos?

Respondeo: ratione peccati hoc statuit, supra de judiciis cap. novit.

Das letztangeführte Kapitel — c. 13 X de jud. (2. 1) — bezieht sich aber auf die denuntiatio evangelica, woraus erhellt, daß der Pabst nur eine indirecte Beziehung jener Bestimmungen auf das weltliche Recht annahm. Dieß geht auch aus einer Bemerkung hervor, die er bei der Erklärung von c. 8 X de immun. eccles. (3. 49) macht, wo er von denjenigen spricht, die nicht zur Restitution verbunden seien. Er sagt daselbst:

> Item qui tutus est praescriptione odiosa *bona fide vel etiam exceptione tantum,* ubi tamen non fuerit crimen credo quod debet istud restituere, ut est in praescriptione XXX annorum, ubi nullus requiritur titulus, *nec bona fides.*

Indeß entschied sich die communis doctorum opinio bald für die Ansicht, daß diese Canonen dem Civilrecht derogirten.[14])

Dagegen trat nun eine andere schwierigere Streitfrage hervor, nämlich die Frage, in welchen Fällen das cap. ult. de praescript. die bona fides verlange. Hostiensis[15]) nämlich und nach ihm Bartolus[16]) statuirten

---

14) Vgl. Panormitanus commentaria sup. decretal. ad c. ult. cit. Venet. 1617 t. 5 fol. 45.

15) Summa lib. II. de praescr. rer. immob. quae rer. Lugd. 1512 f. 126 c. 4. — ideo. dic, quod res immobiles amittuntur suo tempore, et quoad hoc non derogatur legibus antiquis, nam et jura canonica — non in personalibus locum habent, ut ex ipsorum lectione percipitur; unde in illis sc. realibus considerat jus canonicum malam fidem rei possidentis contra conscientiam rem possessam et non negligentiam non petentis, quam leges considerant, — et ideo propter periculum animae non praescribit in realibus aliquis, in personalibus vero non potest considerari mala fides circa rem possessam cum nulla possideatur.

16) Ad fr. 4. §. 27. D. de U. et U. (41. 3). Opp. Venet. 1615 t. v. f. 90. — Modo quaero, utrum l. sicut et l. cum notiss. Cod. de praescr. XXX. annorum, quae dicunt, quod tollitur actio triginta annis

einen Unterschied zwischen Real- und Personalklagen, in der Weise, daß sie die Bestimmungen des canonischen Rechtes über die bona fides nur auf die ersteren bezogen, indem nur bei ihnen eine possessio, also auch nur bei ihnen eine bona fides, ein redliches Bewußtsein über die Rechtlichkeit des Besitzes gedacht werden könne. Die Mehrzahl der Juristen jener Zeit entschied sich jedoch für die gegentheilige Ansicht und verlangte sowohl bei Real- als Personalklagen bona fides, nahm also den letzteren Ausdruck nicht in der bis dahin technischen Bedeutung, wonach er sich speciell auf den Besitz bezog, sondern im vulgären moralischen Sinne.[17]) Eine Epoche machte es in diesem Streite, daß Heinrich Cocceji die Streitfrage genauer als bisher abgränzte. Er machte nämlich darauf aufmerksam, daß ja auch bei manchen Personalklagen eine possessio einer fremden Sache vorkomme, also auch bei denselben von einer bona fides im technischen Sinne gesprochen werden könne. Daher pflichtet er dem Bartolus nur darin bei, daß die Anwendbarkeit der Canonen bei denjenigen Personalklagen ausgeschlossen sei, bei welchen der Schuldner nicht eine fremde Sache besitze, sondern de suo schulde.[18])

Diese Ansicht und diejenige, welche auch bei der Klagverjährung ganz allgemein guten Glauben verlangte, bildeten nun die beiden Hauptgegensätze, in welchen sich bis auf unsere Tage die Controverse bewegt.

---

hodie sint correctae? Et dico, quod illae — non corriguntur, quia in praescriptione in actionibus personalibus non requiritur possessio, ideo non requiritur bona fides.

17) Vgl. meine Abhandlung de bona fide p. 18 und 29 Note **.

18) Henricus de Coccejis De finibus bonae fidei in praescriptionibus de jure canonico 1694 (in dessen exercitation. cur. I. p. 1476. Da N. Chr. Lyncker die gegentheilige Meinung in einer Abhandlung De bona fide in praescriptionibus tam jure civile quam canonico necessaria 1696 in Schutz nahm, so replicirte Cocceji in einer zweiten Abhandlung über denselben Gegenstand. 1699. (Ebend. p. 1495.)

Einige neuere Autoren suchten indeß die Anwendbarkeit der Canonen in noch engere Schranken einzuschließen als Cocceji und seine Nachfolger. Sie bezogen sie nämlich bloß auf die Usucapion.[19] Man berief sich um dieß zu rechtfertigen, vorzüglich auf eine Stelle der Sammlung von Bonifacius VIII. nämlich c. 3 de regulis juris in VI., welche sagt:

Sine possessione praescriptio non procedit.

Man folgerte daraus, das canonische Recht begreife die Klagverjährung, bei welcher ein Besitz größtentheils nicht vorkomme, gar nicht unter dem Ausdrucke praescriptio. Die Bestimmungen über die bona fides hätten also auf die Klagverjährung gar keinen Bezug. Dieß ist jedoch entschieden unrichtig. Abgesehen von anderweiten dagegen sprechenden Gründen[20] läßt sich dieß nicht einmal aus der obigen Stelle folgern. Es ist bereits durch v. Savigny darauf hingewiesen worden, daß diese Stelle aus einer Pandektenstelle entstanden sei, nämlich aus l. 25 de usucap. (41. 3), welche sagt:

Sine possessione usucapio contingere non potest.

Savigny glaubt, Dinus, der Verfasser des liber sextus, habe blos aus Unvorsichtigkeit anstatt usucapio den jener Zeit geläufigeren Ausdruck praescriptio gesetzt, und es würde sich derselbe bei genauerer Ueberlegung gesagt haben, daß nun der Ausdruck zu allgemein sei, indem er z. B. die Verjährung der Darlehensklage ausschließe.[21] Diese Annahme ist, glaube ich, nicht begründet. Vielmehr nahm Dinus den Ausdruck praescriptio mit Vorbedacht im allgemeinsten Sinne, dagegen faßte er den Ausdruck possessio in einer viel weitern Bedeutung als das röm. Recht, so zwar, daß er ihn auch auf alle rein persönli-

19) Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts Thl. 1 S. 208 Seuffert Erörterungen Thl. 1. S. 137. Boden de praescriptione ex solo temporis lapsu procedente. Halae 1750 §. 13 sq.

20) Vergl. v. Savigny System Bd. 5. S. 333.

21) System Bd. 5. S. 333.

chen Klagen bezog. Dieß ersieht man aus seiner Lectura de regulis juris in VI., wo er zur obigen Regel voc. praescr. bemerkt:

> *Large ponitur, ut tam usucapionem triennii quam praescriptionem X vel XX annorum vel XXX vel XL vel etiam magis longaevam contineat;* licet enim in vera et propria significatione praescriptio ad immobilia usucapio vero ad mobilia referatur, tamen *legislatores*[22]) promiscue utuntur istis vocabulis referendo communiter ad mobilia et immobilia.[23])

Und weiter unten:

> Sed opponitur et videtur, *quod praescriptio sine possessione procedat,* certum est enim, *quod incorporalia non possidentur — et tamen praescribuntur aliquando spatio XX vel XXX annorum, aliquando spatio temporis cujus non extat memoria. — Sed dic, quod incorporalibus est quaedam quasipossessio, quae illud operatur, quod operatur vera possessio circa corporalia.*

In dieser überaus weiten Ausdehnung des Quasibesitzes hat Dinus den Accursius zum Meinungsgenossen, indem die Glosse zu c. 3 Cod. de praescript. XXX vel XL annor. bemerkt:

> Sed quomodo juri incorporali vel *actioni personali* praescribitur, *cum ab adversario nihil possideatur?* Resp. *quasi possidetur.*

Die Ansicht also, daß das canonische Recht unter praescriptio nur die Usucapio begreife und das Postulat der bona fides auf diese beschränke, muß als entschieden irrig aufgegeben werden.

22) Dinus braucht gerne das prunkende Wort legislator, wenn er von den Motiven seiner auf Befehl des Pabstes Bonifaz VIII. verfaßten Compilation spricht. So bemerkt er zu reg. 2 ibid.: — sed sciendum est, quod hic *legislator* consideravit etc.

23) Lectura de R. I. in VI. Venet. 1484.

Welche Gründe in der großen Controverse über die beiden oben erwähnten Ansichten vorgebracht wurden, glaube ich als bekannt voraussetzen zu dürfen. Sie sind in den neuesten Erörterungen dieser Frage im Wesentlichen dieselben, wie in den ältern.[24]) Sie wurden theils aus den Worten des lateranensischen Canon, theils aus der ratio, die er selbst angibt, theils aus seinem Verhältnisse zum übrigen, namentlich zum früheren Rechte, theils endlich aus der Natur der betreffenden Rechtsinstitute, nämlich der Präscriptionen und der bona fides entnommen.[25]) Man muß in der That gestehen, daß aus diesen vier Momenten so gewichtige Argumente für jede der beiden Ansichten abgeleitet worden sind, daß die Wagschalen sich fast das Gleichgewicht halten. Um so erwünschter muß es sein, daß durch die obige Entstehungsgeschichte des lateranensischen Canon ein neues Argument für die Beantwortung dieser Frage gewonnen wird. Diese Entstehungsgeschichte scheint mir nämlich entschieden für die engere Auffassung jenes Canon, nach welchen er sich nur auf solche persönliche Klagen bezieht, bei welchen der Beklagte eine fremde Sache besitzt, zu sprechen. Wie oben dargethan wurde, ist nämlich jener Canon nicht improvisirt, sondern bezieht sich auf einen concreten Widerstreit früherer Quellenstücke unter einander. Er muß also auch aus diesen Quellenstücken erklärt werden. Da nun dieselben alle, nämlich Gratian, Augustin und die beiden erdichteten Capitel die bona fides in dem technischen Sinne, nämlich als auf den Besitz bezüglich, auffassen, so muß auch der lateranensische Canon, der aus ihnen hervorging, mit ihnen fast wörtlich übereinstimmt, und sich selbst als eine Entscheidung ihres Widerstreites ankündigt, in diesem Sinne verstanden werden. Ueber

---

24) Ich habe sie dargestellt in meiner erwähnten Schrift de bona fide pag. 33 sq,

25) Vergl. Möllenthiel a. a. O. S. 136 ff. v. Savigny, System Bd. 5. S. 335 ff.

die Nothwendigkeit einer bona fides bei rein persönlichen Klagen ohne Besitz, war nie ein Streit und konnte keiner entstehen.

Daß die Synode die Beziehung der bona fides auf den Besitz nicht aus den Augen verlor, läßt sich außerdem auch aus dem äußeren Umstande erkennen, daß in den Concilienacten der fragliche Canon mit den Canonen über den Besitz zusammengestellt ist. Can. 39 handelt nämlich: De restitutione danda contra *possessorem.* Can. 40 De vera *possessione.* Can. 41. De continuatione *bonae fidei* in omni praescriptione.

Dadurch, daß die Entstehungsgeschichte dieses Canon einen Beitrag zur Lösung jener uralten Controverse gibt, hat dieselbe also auch ein practisches Interesse, und hierdurch mag sich die Aufnahme dieser Abhandlung in die gegenwärtige, vorzüglich dem practischen Rechtsleben zugewendete Zeitschrift rechtfertigen.

III.

Ueber das Verbot der Veräußerung streitiger Sachen und Forderungen und dessen Umgestaltung im heutigen Rechte.

Von

Dr. **Zimmermann,**
Hofgerichtsrath in Gießen.

(Schluß des Aufsatzes Nr. XIII. im vorigen Band.)

---

§. 2.

II. Canonisches Recht.

In dem canonischen Rechte wurde an den Bestimmungen des römischen Rechtes nichts geändert. Die beiden cap. 3. u. 4. X ut lit. pendente nihil innovetur (II, 16), welche hierher gehören, sind in ihrem vollständigen Zusammenhange restituirt in cap. 10 X de constitut. (I, 2)